

**APPUNTI SUI DOVERI DEGLI AMMINISTRATORI DI S.P.A.
E SULLE AZIONI DI RESPONSABILITÀ
ALLA LUCE DEL CODICE DELLA CRISI E DELLA
“MINIRIFORMA” DEL 2021***

STEFANO AMBROSINI

SOMMARIO: 1. Codice della crisi e doveri degli amministratori: l'adeguatezza degli assetti aziendali. – 2. La “funzionalizzazione” del precetto alla tempestiva emersione della crisi e il rinvio al dicembre 2023 delle misure di allerta. – 3. Le azioni di responsabilità nella liquidazione giudiziale. – 4. Segue. Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo – 5. La previsione relativa alla quantificazione del danno risarcibile. – 6. La gestione dell'impresa in base ai principi generali del codice della crisi e alla nuova disciplina della composizione negoziata. Implicazioni sul piano degli interessi protetti e della *business judgment rule*. – 7. Cenno alla vigilanza sindacale sulla gestione nella disciplina di nuovo e nuovissimo conio.

1. Codice della crisi e doveri degli amministratori: l'adeguatezza degli assetti aziendali.

L'introduzione, attraverso l'art. 375 del codice della crisi e l'integrazione dell'art. 2086 c.c. da esso disposta, di un generale dovere dell'imprenditore in forma societaria (o comunque collettiva) di istituire “un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa” ha immediatamente attratto l'interesse degli studiosi¹, a cominciare da alcuni di coloro che in passato – specie

* Il presente contributo, già apparso (in una versione lievemente diversa) in www.dirittobancario.it, è destinato agli *Studi in onore di Paolo Montalenti* (nonché a far parte, con alcune variazioni, di una sezione del *Trattato delle società*, diretto da Vincenzo Donativi).

¹ MONTALENTI, *Assetti organizzativi e organizzazione dell'impresa tra principi di corretta amministrazione e business judgment rule: una questione di sistema*, in *NDS*, 2021, I, p. 11 e ss. (nonché destinato al volume collettaneo *Le crisi di impresa e del*

all'indomani della riforma del diritto societario del 2003 – avevano scandagliato il tema.

Superfluo ricordare come già in precedenza si fosse posto in evidenza, da parte della dottrina, che l'obbligo di corretta gestione andava declinato, soprattutto, alla luce di quanto disposto dagli artt. 2381 e 2403 c.c., come necessaria previsione di assetti organizzativi adeguati², traducendosi ciò, nel contempo, nell'opportunità di un programma di valutazione del rischio di crisi³. E si era altresì rilevato che l'osservanza di detto obbligo fosse

consumatore. Liber amicorum di Alberto Jorio, a cura di Ambrosini, di prossima edizione nella collana "Strumenti del diritto – Diritto della crisi d'impresa", edita da Zanichelli); ID., *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla "Proposta Rordorf" al Codice della crisi*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, pp. 482 e ss.; ID., *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Giur. comm.*, 2020, I, pp. 829 e ss.; ARATO, *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi: ruoli e prerogative di amministratori, sindaci e revisori*, AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, cit., pp. 76 e ss.; ID., *La governance delle società private dopo il D. Lgs. 14/19*, in ARATO-D'ATTORRE-FABIANI, *Le nuove regole societarie dopo il codice della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2020, p. 3 e ss.; ABRIANI-ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, pp. 393 e ss., ai quali può aggiungersi AMBROSINI, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, in *IlCaso.it*, 15 ottobre 2019; CIAN, *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, pp. 1160 e ss.; LOLLI-M.G. PAOLUCCI, *L'adeguatezza degli assetti nel codice della crisi d'impresa*, in *IlCaso.it*, 1° aprile 2020. Quanto all'adeguatezza dell'assetto finanziario e sui relativi doveri di monitoraggio cfr., da ultimo, FABIANI, *Dai finanziamenti alla adeguatezza dell'assetto finanziario della società*, in *Fallimento*, 2021, pp. 1312 e ss.

² Sul tema cfr., in luogo di molti, IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005; ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005; BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, pp. 5 e ss.; MONTALENTI, *Impresa, Società di capitali, Mercati finanziari*, Torino, 2017, *passim*. Con più specifico riferimento alla gestione di società in crisi cfr., *ex aliis*, MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, pp. 813 ss.; MIOLA, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in AA.VV., *Studi in onore di Belviso*, vol. I, Bari, 2011, pp. 609 ss.; SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, pp. 304 ss.; CALANDRA BUONAURA, *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nella Società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2020, I, pp. 439 e ss.

³ Si vedano *ex aliis*, con specifico focus sulla continuità aziendale, le indagini monografiche di SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, 2017 e PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Milano, 2017, nonché, incentrata sulla insindacabilità del merito delle scelte gestorie, BARCELLONA, *Business*

strettamente correlato alla salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario (integrante un principio generale del traffico giuridico), giacché la creazione di assetti adeguati andava vista (anche) in funzione dell'obiettivo di garantire la continuità aziendale⁴.

Oggi, riguardo al nuovo secondo comma dell'art. 2086, l'accento è posto giustamente in dottrina sul fatto che si tratta "di una vera e propria clausola generale che impone un dovere di corretta gestione, per così dire 'trasversale', rispetto ai modelli di organizzazione collettiva dell'attività e che riveste quindi un valore di novità sistematica di centrale rilevanza"⁵.

La norma infatti vale a individuare nella predisposizione di assetti adeguati – com'è stato osservato⁶ – il cuore della funzione gestoria, la cui paternità – e quindi *responsabilità* – va riferita a coloro che di tale funzione sono investiti, riflettendo d'altronde i principi sanciti dalla norma una caratteristica consustanziale all'impresa, che consiste nell'essere un'attività *organizzata*, il cui livello di complessità va dal minimo dell'impresa individuale al massimo del grande gruppo di società (dove per l'appunto il riferimento alle "dimensioni dell'impresa").

E proprio intorno al cardine concettuale dell'*organizzazione* si è proposta, fra i primi e più autorevoli commentatori, un'acuta e convincente distinzione riferita alla tendenziale insindacabilità nel merito delle scelte gestorie (c.d. *business judgment rule*): "le scelte di organizzazione – produzione di prodotti di nicchia o di largo consumo; mercato locale o internazionale; produzione con catena di montaggio o con isole di

Judgment Rule e interesse sociale nella "crisi", Milano, 2020. Spunti interessanti si rinvencono in NIGRO-VATTERMOLI, *Disciplina delle crisi dell'impresa societaria, doveri degli amministratori e strumenti di pianificazione: l'esperienza italiana*, in *IlCaso.it*, 1° novembre 2018, nonché nell'agile volume collettaneo *Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, a cura di Montalenti e Notari, Milano, 2021, cui *adde* RICCIARDIELLO, *Sustainability and going concern*, in questa *Rivista*, 13 ottobre 2021; ONZA, *Gli "adeguati assetti" organizzativi: tra impresa, azienda e società (Appunti per uno studio)*, *ivi*, 11 ottobre 2021. Nella dottrina aziendalistica cfr. MANCA, *Assetti adeguati e indicatori della crisi nel nuovo codice della crisi d'impresa: la visione aziendalistica*, in *Giur. comm.*, 2020, I, pp. 636 e ss.; BASTIA, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese: criteri di progettazione*, in questa *Rivista*, 27 luglio 2021; QUAGLI, *Sulla necessaria rimodulazione nel Codice della Crisi degli indicatori e indici della crisi*, *ivi*, 28 agosto 2021; PANIZZA, *Adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili: aspetti (teorici ed) operativi*, *ivi*, 11 agosto 2021.

⁴ SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, cit., p. 36 (la quale richiama, per la suddetta definizione, CALVOSA, *Fondo patrimoniale e fallimento*, Milano, 2003, p. 84).

⁵ MONTALENTI, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta*, cit., p. 483.

⁶ Da ABRIANI-ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, cit., 394-395.

produzione e così via – sono scelte di merito strettamente connesse alle opzioni di mercato, coperte dunque dalla *business judgment rule*. Gli assetti organizzativi consistono invece nelle procedure di efficiente funzionamento aziendale, di gestione amministrativa in senso stretto, di processi contabili, di sistemi informatici che non sono affidati alla discrezionale libertà d'impresa ma devono, appunto, raggiungere la soglia dell'adeguatezza, cioè all'appropriatezza tra mezzo e fini: appunto, il principio di correttezza⁷.

Restando al tema dei corollari del principio dell'adeguatezza degli assetti sul versante dei doveri degli amministratori e, quindi, della loro responsabilità nell'ipotesi di violazione di tali doveri, può ribadirsi quanto osservato all'indomani del varo del codice della crisi, vale a dire che non pare irragionevole pronosticare una ricaduta del nuovo quadro normativo sul piano delle responsabilità degli organi sociali, in termini di valutazioni tendenzialmente più rigorose nel caso di omessa o inadeguata istituzione di tali assetti; pur con i *caveat* circa la valutazione delle clausole generali giustamente messi in luce da attenta dottrina già in epoca anteriore al codice della crisi d'impresa⁸. Il che non significa che una negligenza di questo genere sia di per sé foriera di responsabilità in capo ad amministratori e sindaci, occorrendo pur sempre non solo l'esistenza di un danno, ma altresì la prova che esso non si sarebbe prodotto in presenza di assetti invece adeguati (c.d. giudizio controfattuale)⁹.

⁷ Così MONTALENTI, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in AA.VV., *Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, cit., p. 26. Sul tema cfr. altresì RICCIARDIELLO, *La crisi dell'impresa di gruppo tra strumenti di prevenzione e di gestione*, Milano, 2020, *passim*.

⁸ MONTALENTI, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, I, p. 79, ove il rilievo che “in primo luogo le nuove clausole generali devono essere valutate in relazione a parametri tecnici che sono fortemente variabili in relazione alla tipologia, alle dimensioni, alle caratteristiche dell'impresa e, soprattutto, suscettibili di margini ampi di discrezionalità. (...). In secondo luogo si deve, conseguentemente, sottolineare che anche le linee guida, elaborate da associazioni di categoria, le norme deontologiche – si pensi, in particolare, a principi e regole prodotti dall'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili –, gli schemi tecnico-aziendalistici, costituiscono mere indicazioni di massima, contributi di specificazione delle regole generali, parametri relativi di riferimento, non, invece, paradigmi assoluti, regole fisse, in una parola *fonti eteronome di automatica integrazione della norma giuridica*. Diversamente si rischia di ricadere nell'infausta inversione concettuale della responsabilità oggettiva: verificatosi il danno o, nel caso di crisi, l'insuccesso della procedura recuperatoria, si induce dal *default* l'inadeguatezza organizzativa, di controllo dei rischi o di prevenzione della crisi, e si imputa, per ciò solo, agli amministratori il pregiudizio occorso”.

⁹ AMBROSINI, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, cit., p. 15.

Di qui la necessità, correttamente evidenziata, di evitare “scorciatoie (indebitamente) semplificatrici volte a desumere automaticamente dall’accertamento della sopravvenuta insolvenza la ‘prova’ dell’originaria inidoneità del modello predisposto dagli organi sociali ai fini della sua prevenzione”¹⁰.

Merita soggiungere che, se è pacifico che l’omessa – e comunque inadeguata – predisposizione di un sistema di adeguati assetti aziendali e la mancata verifica “in continuo” del loro funzionamento integra violazione dei doveri del buon amministratore, non altrettanto certo è che tali inadempimenti all’obbligo di corretta gestione integrino anche, di per sé, gli estremi delle gravi irregolarità *ex art.* 2409 c.c.

In proposito, va registrata una prima, rigorosa, presa di posizione della giurisprudenza, secondo la quale “in caso di crisi la mera ricerca di finanziatori o la mera valutazione di possibilità di cessione di beni sono condotte non idonee con il dovere di attivarsi per l’adozione e l’attuazione di uno degli strumenti previsti per il suo superamento”, poiché tali condotte risultano “di per sé non in linea con i doveri gestori oggi predicati dall’art. 2086 cc vigente”¹¹.

Con riferimento a ciò, parrebbe predicabile l’assunto che la gravità dell’irregolarità dipenda, anche in questo caso come per regola generale, dall’intensità delle omissioni da parte degli amministratori nelle singole situazioni concrete, sicché non sembra potersi escludere *a priori* la configurabilità (anche se probabilmente non frequente nella pratica) di un comportamento irregolare seppur non grave e, come tale, estraneo al perimetro applicativo dell’art. 2409.

2. La “funzionalizzazione” del precetto alla tempestiva emersione della crisi e il rinvio al dicembre 2023 delle misure di allerta.

Nel sancire in via generale, per ogni impresa collettiva, il dovere di istituire assetti adeguati, il secondo comma dell’art. 2086 c.c. ne indica al tempo stesso la principale, seppur non esclusiva, finalità: quella di rilevare tempestivamente la crisi e la perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l’adozione e l’attuazione di uno degli strumenti legali diretti al superamento della crisi e al recupero della predetta continuità.

¹⁰ ABRIANI-ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d’impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, cit., p. 397.

¹¹ Trib. Milano, 18 ottobre 2019, in *Giur. it.*, 2020, pp. 363 e ss. (con nota di CAGNASSO); sul tema v. anche Trib. Roma, 15 settembre 2020, in *IlCaso.it*; Trib. Roma, 8 aprile 2020, in *DeJure.it*.

E non a caso già all'indomani della pubblicazione del d. lgs. n. 14/2019 si è parlato in proposito, da parte di alcuni commentatori (fra cui chi scrive), di "funzionalizzazione dell'adeguatezza degli assetti alla tempestiva emersione della crisi"¹².

Il rilievo, di per sé corretto, secondo il quale con l'utilizzo della congiunzione "anche" davanti all'espressione "in funzione" il legislatore ha "voluto mostrarsi consapevole che questa finalità (...) va soltanto ad *aggiungersi* agli *ulteriori*, ancorché non *verbatim* esplicitati, funzioni-scopi rispetto ai quali "da sempre" doveva essere (come continua a dover essere) misurata la adeguatezza degli assetti organizzativi"¹³, nulla toglie all'oggettiva centralità della dimensione finalistico-funzionale del precetto collegata a eventi patologici della vita dell'impresa quali la perdita della continuità e lo stato di crisi; precetto non *pour cause* sancito dal codice della crisi, sebbene attraverso la modifica di una disposizione codicistica.

Ciò trova conferma in quella previsione del codice della crisi (con la quale esordisce il Capo II sui principi generali) che rappresenta, in qualche modo, il *pendant* di quella codicistica: "l'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative" (art. 3, c. 2, CCI).

Nella nuova sistemática dell'ordinamento concorsuale il principio dell'adeguatezza degli assetti risulta intimamente connesso all'istituto delle misure di allerta¹⁴.

Ed invero, con specifico riferimento alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, l'art. 14 pone in capo agli organi di controllo societari l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente una serie di aspetti, il primo dei quali, non certo per caso, è l'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa.

La funzionalità degli assetti adeguati alla non ritardata emersione della crisi trova ulteriore conferma nel meccanismo delle misure premiali di cui all'art. 25, essendo la loro fruizione subordinata alla tempestività dell'iniziativa dell'organo amministrativo, che a sua volta dipende

¹² AMBROSINI, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, cit., p. 8.

¹³ BARCELONA, *Business Judgment Rule e interesse sociale nella "crisi"*, cit., p. 3.

¹⁴ Si vedano, fra i numerosi scritti in argomento, RICCIARDIELLO, *Riflessioni in tema di procedure di allerta e controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. alla luce del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una difficile convivenza?*, in *Jus*, 2019, pp. 111 e ss.; DESANA, *Le procedure di allerta (e cenni al loro probabile tramonto)*, in AA.VV., *Le crisi d'impresa e del consumatore. Liber amicorum di Alberto Jorio*, a cura di Ambrosini, cit.

dall'effettiva idoneità degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili¹⁵.

Com'è noto, peraltro, la legge n. 147/2021 ha disposto il rinvio dell'entrata in vigore del titolo II della Parte prima al 31 dicembre 2023.

Al riguardo, si è già avuto modo di rilevare che il rinvio è stato congruamente fissato – come si diceva – alla fine del 2023, nell'ottica di essere in grado di verificare “sul campo” l'efficacia della neoistituita composizione negoziata della crisi, che presenta caratteristiche sensibilmente diverse dalla disciplina codicistica dell'allerta.

È stata poi tenuta debitamente in considerazione la necessità di rivedere i meccanismi di allerta al fine di allineare l'entrata in vigore dell'allerta esterna ai tempi di rinvio disposti con la modifica dell'art. 15 dello stesso codice disposta con la legge n. 69/2021.

Ciò comporta che il destino delle misure di allerta come originariamente concepite e disciplinate sia oggi avvolto da oggettiva incertezza e possa essere, in futuro, suscettibile di un più generale ripensamento, anche e soprattutto – si ripete – alla luce dei risultati che, alla prova dei fatti, sortirà il nuovo rimedio della composizione negoziata. Il rinvio di oltre due anni della disciplina codicistica, per vero, suona già di per sé come inequivoco segnale in tal senso.

Detto in altri termini, sembra arduo immaginare che l'introduzione della composizione negoziata sia compatibile con il mantenimento dello *status quo* normativo in tema di misure di allerta anche alla luce delle criticità che tale istituto presenta in relazione al controllo giudiziario¹⁶. Tuttavia, la definitiva archiviazione di queste ultime potrebbe forse risultare di dubbia opportunità, anche se parrebbe necessaria, in prospettiva, una loro profonda “riconfigurazione”, a partire dal presupposto stesso dell'istituto: non più, in ipotesi, strumento per far emergere tempestivamente lo stato di crisi (obiettivo, questo, affidato nel nuovo assetto a strumenti più *soft*), bensì per impedire l'aggravamento della condizione di conclamata insolvenza dell'impresa¹⁷.

¹⁵ AMBROSINI, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, cit. p. 9.

¹⁶ AMBROSINI, *Il (doppio) rinvio del CCI: quando si scrive “differimento” e si legge “ripensamento”*, in questa *Rivista*, 22 settembre 2021, p. 7.

¹⁷ AMBROSINI, *ivi*, p. 7, ove la seguente precisazione: “Si tratterebbe – com'è chiaro – di una vera e propria “mutazione genetica” dell'allerta quale pensata e strutturata dal codice, che potrebbe peraltro consentire di non rinunciare *tout court* a un istituto che risponde pur sempre a esigenze reali, tenuto conto delle patologie che in misura non infrequente connotano, specie in certi contesti, l'attività d'impresa; senza con ciò dimenticare, tuttavia, che nel contesto attuale la priorità sul piano politico-economico non

Concludendo sul punto, risulta innegabile che il ripensamento in ordine alle misure di allerta costituisca un fattore di depotenziamento dello “strumentario” congegnato dal codice del 2019 per l'emersione precoce della crisi, pur essendo tale ripensamento giustificato – come si diceva – sia dal mutato contesto economico di riferimento, sia dalla presa d'atto di non lievi criticità all'interno della disciplina dell'allerta.

Resta comunque il fatto che il precetto contenuto nel novellato art. 2086 c.c. è, da oltre un biennio, pienamente “operativo” ed è destinato a spiegare i propri effetti, *in thesi* virtuosi, anche a prescindere dalla circostanza che l'allerta, così come attualmente concepita e disciplinata, faccia o meno in futuro il proprio ingresso nel nostro ordinamento.

3. Le azioni di responsabilità nella liquidazione giudiziale.

Veniamo ora a esaminare la tematica delle azioni di responsabilità quali regolate dal codice della crisi: aspetto la cui rilevanza, anche sul piano pratico, è ulteriormente accresciuta, a partire dalla riforma organica del 2006, per effetto del forte ridimensionamento del rimedio revocatorio, giacché dette azioni rappresentano ormai da tempo “una delle principali fonti di approvvigionamento delle procedure concorsuali e di possibile soddisfazione dei creditori”¹⁸.

La disciplina del codice della crisi sulla liquidazione giudiziale delle società (Capo VIII, artt. 254 ss.) si apre con la previsione dei doveri di collaborazione degli amministratori e dei liquidatori nei confronti del curatore e del comitato dei creditori e prosegue, immediatamente dopo, con l'enucleazione delle azioni di responsabilità esperibili dal curatore, a puntuale conferma della notevole rilevanza, teorica e pratica, del tema. All'art. 255 si stabilisce infatti che questi può promuovere o proseguire, anche separatamente, l'azione sociale di responsabilità, l'azione dei creditori sociali prevista dall'art. 2394 e dall'art. 2476, sesto comma, c.c., l'azione prevista dall'articolo 2476, ottavo comma, c.c., l'azione prevista dall'articolo 2497, quarto comma, c.c., nonché tutte le altre azioni di responsabilità che gli sono attribuite da singole disposizioni di legge.

E proprio da quest'ultima previsione, di natura chiaramente (e volutamente) residuale, si ricava il carattere non tassativo dell'elencazione di cui sopra (basti pensare all'irrilevanza del mancato riferimento all'azione *ex* art. 2486 c.c., norma peraltro menzionata espressamente dall'art. 378), che risulta opportunamente arricchita in rapporto a quanto

è rappresentata – come si diceva – dall'emersione precoce della crisi, ma dal salvataggio delle imprese ancora *viables* (pur tenendosi, in parte, le due cose insieme)”.

¹⁸ JORIO, *La determinazione del danno risarcibile nelle azioni di responsabilità*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 150.

previsto dall'art. 146, l. fall., modificato dalla riforma del 2006 rispetto a una versione, quella del 1942, connotata da una laconicità tale da comportare in passato – com'è ben noto – un numero di questioni interpretative davvero eccessivo¹⁹.

Il tenore della norma in esame comporta tuttavia, al tempo stesso, che il curatore possa agire, al di là dei suddetti, tipizzati, casi, solo sulla scorta di quanto sancito da specifiche disposizioni di legge; ferma restando, naturalmente, la possibilità di convenire in giudizio soggetti terzi a titolo di concorso (tipicamente: gli istituti di credito per concessione abusiva di credito²⁰).

La perspicuità della formulazione del citato art. 255 fa inoltre sì che l'omessa abrogazione dell'art. 2394-*bis*, c.c., pur contemplata dalla legge delega n. 155/2017, non rappresenti un particolare problema a livello applicativo.

Quanto alla menzione, nella norma, della duplice ipotesi dell'esperimento *ex novo* e della prosecuzione dell'azione, merita chiarire che essa, di là da una possibile apparenza *prima facie*, non è affatto idonea a mettere in discussione il consolidato assunto della c.d. inscindibilità dell'iniziativa del curatore²¹. Semplicemente, la nuova formulazione va interpretata “nel senso che il curatore può promuovere l'una e l'altra in processi distinti (ma con l'avvertenza che, poi, si potranno porre i problemi in tema di continenza, di connessione e di cumulo oggettivo e soggettivo), fermo restando che il risarcimento non potrà essere duplicato”²².

¹⁹ Sul tema, fra i molti, CAVALLI, *Il fallimento delle società*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio e Sassani, Milano, 2014, pp. 255 e ss.; AMBROSINI, *Le azioni di responsabilità*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, XI.2, Padova, 2009, pp. 735 e ss.

²⁰ Sul tema si veda, da ultimo, l'ampia e articolata sentenza della Cassazione n. 18610 resa in data 30 giugno 2021, in *Fallimento*, 2020, con nota di DOLMETTA, “*Merito del credito*” e *procedure di sovraindebitamento*, pp. 1207 e ss.

²¹ Cfr., anche per riferimenti, D'ORAZIO, *L'azione di responsabilità del curatore fallimentare nelle s.p.a. e nelle s.r.l.: profili sostanziali e processuali. carattere unitario ed inscindibile dell'azione ex art. 146 l.fall.*, in *Giur. Merito*, 2010, p. 707.

²² Così FABIANI, *Le azioni di responsabilità verso gli organi sociali dopo il codice della crisi*, in ARATO-D'ATTORRE-FABIANI, *Le nuove regole societarie dopo il codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 124-125, ove la precisazione che “l'azione dei creditori sociali, in quanto volta alla reintegrazione della garanzia patrimoniale mediante l'aggressione di un patrimonio additivo (quello degli organi sociali) consente il ripristino della garanzia patrimoniale a favore di quei creditori insoddisfatti, ma nulla di più; diversamente l'azione della società può mirare ad accrescere il patrimonio sociale nella misura in cui gli atti di *mala gestio* addebitati agli organi della società abbiano impedito un incremento del patrimonio sociale”.

4. *Segue. Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo.*

La questione della legittimazione a promuovere l'azione di responsabilità è ancor più dibattuta in materia di concordato preventivo quale disciplinato dalla vigente legge fallimentare²³, con particolare riferimento al caso in cui si verta nell'ipotesi di concordato con cessione di beni.

Per quanto concerne l'azione sociale di responsabilità²⁴, si afferma da tempo giustamente che “non si vede perché la società non possa inserire nella proposta concordataria un'apposita clausola di cessione anche dell'eventuale ricavato dell'azione di responsabilità che intenda promuovere o abbia già promosso”²⁵.

Si tratta quindi, come chi scrive ha in altra sede rilevato²⁶, di stabilire se, nel caso concreto, il piano di concordato comprenda o meno l'esperimento dell'azione sociale di responsabilità, come “cespite” da alienare, ovvero come iniziativa da perseguire al fine di procurare la “provvista” per il successivo soddisfacimento dei creditori concordatari, da attuarsi attraverso la distribuzione del ricavato dell'azione stessa.

Non sembrano sussistere particolari dubbi in ordine all'ammissibilità dell'iniziativa né all'individuazione dei soggetti legittimati, allorché l'esperimento dell'azione sociale sia stato espressamente previsto nel piano e nella proposta di concordato e preventivamente deliberato dall'assemblea.

In seguito all'omologazione del concordato che preveda l'esperimento dell'azione sociale di responsabilità, la legittimazione all'esercizio dovrebbe spettare al liquidatore designato a norma dell'art. 182 l. fall. Ed invero, il trasferimento – conseguente al decreto di omologazione del concordato con *cessio bonorum* – del potere di amministrazione e disposizione dell'attivo concordatario si riverbera anche sul piano processuale, dovendosi riconoscere al liquidatore la legittimazione ad agire (e a resistere) nei giudizi destinati ad influire sulle operazioni di liquidazione e di ripartizione del ricavato e, segnatamente: (i) nei giudizi per il recupero dei beni soggetti al concordato, (ii) nelle azioni patrimoniali

²³ Sul tema cfr., anche per gli opportuni riferimenti, ZANARDO, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, Torino, 2018, p. 107.

²⁴ In argomento, fra gli studi monografici recenti, si veda FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, Milano, 2015, ove ampia bibliografia.

²⁵ LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, p. 341.

²⁶ Le considerazioni che seguono nel testo sono tratte da AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, IV, Torino, 2014, pp. 141 ss.

relative ai beni ceduti, nonché (iii) nelle controversie aventi ad oggetto obbligazioni afferenti alle operazioni di liquidazione.

Resta in ogni caso inteso che – come già accennato – l’esperienza dell’azione sociale deve essere preceduto, a norma dell’art. 2393 c.c., da apposita deliberazione assembleare; alla procedura concordataria, infatti, non si applica l’art. 146 l. fall. né la relativa sostituzione del *placet* del giudice delegato a quello dell’adunanza dei soci, che appare, pertanto, sempre necessario.

Più complesso si rivela individuare una legittimazione attiva del liquidatore giudiziale nell’ipotesi, riscontrabile nella prassi con frequenza senz’altro maggiore, in cui il piano e la proposta di concordato nulla dispongano in relazione all’esperienza dell’azione sociale di responsabilità.

Ora, muovendo dalla circostanza che il liquidatore è legittimato a proporre soltanto le iniziative di carattere patrimoniale afferenti ai beni ceduti e funzionali all’incarico conferitogli (escludendosi invece la sua facoltà d’intervento in materie estranee alla liquidazione), l’esperienza dell’azione sociale sembra competere al liquidatore giudiziale esclusivamente nell’ipotesi in cui il credito risarcitorio da *mala gestio* sia ricompreso nel compendio da liquidare, il che probabilmente avviene sia nell’ipotesi in cui il piano preveda espressamente tale iniziativa, sia allorché l’assemblea l’abbia preventivamente autorizzata, elevando la pretesa risarcitoria a componente attiva del patrimonio concordatario.

Come si è già avuto modo di rilevare, infatti, in caso di concordato *tout court* liquidatorio, la cessione – stando all’orientamento maggioritario – dovrebbe avere ad oggetto l’intero patrimonio del proponente, comprendendo necessariamente anche i beni e i diritti non espressamente menzionati nel piano. Ed invero, la giurisprudenza, non diversamente dal passato, tende ad escludere che il concordato per *cessio bonorum* possa prevedere la cessione solo parziale dei beni, sul presupposto che l’art. 2740 c.c., applicabile a qualsiasi debitore, vale *a fortiori* per l’imprenditore in stato di crisi²⁷.

A tale stregua, dovendo l’attività di dismissione concernere l’intero complesso di beni e diritti della società istante, la questione della legittimazione del liquidatore giudiziale all’esperienza dell’azione sociale potrebbe essere risolta alla luce della possibilità di collocare tale iniziativa nel novero dei “beni” oggetto di liquidazione.

In tale cornice, si tratta allora di verificare se, costituendo oggetto della cessione i beni esistenti nel patrimonio della società alla data della domanda di concordato, la pretesa risarcitoria della società nei confronti

²⁷ AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 142.

degli amministratori e sindaci possa ritenersi esistente sin dal momento della presentazione del ricorso *ex art.* 161 l. fall.

Orbene, pare che la risposta possa essere affermativa, sulla scorta del rilievo che le pretese in questione, benché non ancora determinate nel loro ammontare, trovano il proprio “momento genetico” in condotte anteriori alla domanda di concordato. Ciò del resto è confermato dalla natura giuridica dell’azione di responsabilità, la quale non culmina con una pronuncia costitutiva, atteggiandosi, invece, a domanda di accertamento cui accede una susseguente statuizione condannatoria.

Per quanto concerne l’azione di responsabilità spettante ai creditori sociali, merita ricordare come, relativamente alla legge fallimentare del 1942, parte della dottrina ritenesse, in passato, che l’azione *ex art.* 2394 c.c., mirando alla ricostituzione del patrimonio della società in funzione del soddisfacimento dei creditori sociali, non sarebbe stata compatibile con il concordato omologato, posto che, diversamente, i creditori avrebbero percepito di più di quanto l’effetto remissorio del concordato avrebbe loro riservato. Si era, in particolare, affermato che, una volta ottenuto il pagamento della percentuale concordataria, i creditori sociali cessano di essere tali, con conseguente “affievolimento” del diritto di promuovere l’azione *de qua*, che ai creditori sociali, per l’appunto, è riservata.

In tale prospettiva, ove si consentisse ai creditori sociali l’esercizio dell’azione di responsabilità *ex art.* 2394 c.c., il debitore sarebbe comunque tenuto a corrispondere, sia pure a mezzo del risarcimento conseguito dagli amministratori della società per i danni derivati dalla mancata conservazione dell’integrità del patrimonio sociale, la porzione dei propri crediti oggetto di falcidia, con il risultato sostanziale di elidere il principio dell’obbligatorietà del concordato.

L’argomento, tuttavia, non appare decisivo, dal momento che, a ben vedere, la disciplina del concordato omologato esclude che i relativi effetti liberatori possano riverberarsi su soggetti diversi rispetto al debitore, fatto salvo, naturalmente, il caso dei soci illimitatamente responsabili, a norma del comma 2 dell’art. 184 l. fall.; non a caso, lo stesso art. 184, al comma 1, prevede che l’effetto obbligatorio del concordato non esclude che il creditore possa agire nei confronti dei coobbligati e dei garanti per conseguire la differenza tra quanto aveva inizialmente il diritto di avere e quanto ha ricevuto in sede concordataria.

In tale luce, l’omologazione del concordato non può dispiegare i propri effetti nei confronti degli amministratori i quali non sono comunque parti del concordato, non costituendo ostacolo al promovimento dell’azione di responsabilità dei creditori, la quale, peraltro, ha ad oggetto un rapporto

obbligatorio tra creditori e terzi, autonomo rispetto a quelli incisi dalla convenzione concordataria tra creditori e società²⁸.

Quanto, infine, all'individuazione dei soggetti legittimati all'esperimento dell'azione nei confronti degli amministratori della società ammessa alla procedura di concordato preventivo per cessione dei beni omologato, sembra doversi escludere il trasferimento della legittimazione attiva in capo al liquidatore giudiziale. Questi appare, in effetti, privo del potere di avvalersi del rimedio posto a tutela dei creditori, in quanto è un soggetto terzo rispetto non solo all'imprenditore, ma anche a quanti vantino pretese creditorie, non essendo pertanto assimilabile a un loro mandatario.

A ciò si aggiunga che l'art. 2394-*bis* c.c. non contiene alcun riferimento al liquidatore, né pare ipotizzabile la sua applicazione in chiave analogica, trattandosi di disposizione di natura eccezionale.

L'ipotetica sussistenza del diritto di agire in capo al liquidatore, pertanto, si pone in contrasto con il principio di tassatività della legittimazione straordinaria cristallizzato nell'art. 81 c.p.c., donde la conclusione che l'azione di responsabilità dei creditori sociali, nel contesto del concordato preventivo, potrà essere spiegata dai creditori *uti singuli*, esattamente come accade nel caso in cui la società debitrice sia *in bonis*.

Vi è invece assai poco da dibattere circa il rapporto fra azione di responsabilità e concordato con continuità aziendale, in quanto la legittimazione ad esperire l'azione sociale (*nulla quaestio* per quella spettante ai creditori) compete in via esclusiva alla società. In dottrina si è peraltro giustamente presa in considerazione, ai fini che ci occupano, l'ipotesi dei piani concordatari cc.dd. misti, nei quali cioè coesistano una componente di prosecuzione dell'attività e una liquidatoria, occorrendo in tal caso interrogarsi circa l'allocazione della pretesa risarcitoria in parola. In proposito, si è osservato che “non sembra realistico fornire una risposta valevole per ogni piano perché si tratterà di verificare, di volta in volta, quali risorse della società siano destinate a finanziare la continuità (e, di poi, i creditori con i frutti della continuità) e quali siano direttamente dedicate al soddisfacimento dei creditori. In particolare, se il piano prevedesse una *good company* e una *bad company*, o altri metodi di separazione patrimoniale, l'azione potrebbe essere allocata sia nell'una che nell'altra, fermo restando che della scelta il debitore dovrà fornire una giustificazione razionale; così pure, nulla esclude, che nei piani “misti” si preveda la cessione dell'azione di responsabilità, al pari della cessione di qualunque altro *asset*”²⁹.

²⁸ AMBROSINI, *ivi*, pp. 146-147.

²⁹ FABIANI, *Le azioni di responsabilità verso gli organi sociali dopo il codice della crisi*, cit., p. 141.

Rispetto al quadro fin qui sunteggiato, il codice della crisi è intervenuto introducendo una disposizione opportunamente chiarificatrice.

L'art. 115 CCI³⁰, infatti, stabilisce, al secondo comma, che il liquidatore esercita oppure, se pendente, prosegue l'azione sociale di responsabilità. Ogni patto contrario o ogni diversa previsione contenuti nella proposta o nel piano sono inopponibili al liquidatore e ai creditori sociali.

Quanto ai soggetti legittimati a promuovere l'azione dei creditori sociali, il terzo comma della norma sancisce, anche in pendenza della procedura e nel corso della sua esecuzione, la legittimazione di ciascun creditore sociale a esercitare o proseguire l'azione di responsabilità prevista dall'articolo 2394.

Dal tenore dell'articolo in parola si evince chiaramente, dunque, la legittimazione del liquidatore giudiziale all'esperimento dell'azione sociale; attribuzione, questa, inderogabile ad opera dell'autonomia privata. E in ciò risiede indubbiamente, nel raffronto con la legge fallimentare, un fattore di minor appetibilità dell'istituto concordatario quale regolato dal codice della crisi rispetto, ad esempio, all'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Ed infine, il fatto che l'unica disposizione in materia di azioni di responsabilità nel concordato riguardi, come recita la rubrica dell'art. 115, le azioni del liquidatore giudiziale in caso di cessione dei beni costituisce puntuale e definitiva conferma della carenza di legittimazione in capo al commissario giudiziale, eccezion fatta per l'ipotesi di esercizio dell'azione in sede penale attraverso la costituzione di parte civile, come previsto dall'art. 347 del codice della crisi (sulla falsariga di quanto disposto dall'art. 240, l. fall.).

5. La previsione relativa alla quantificazione del danno risarcibile.

Com'è a tutti noto, uno dei problemi più delicati in materia di azioni di responsabilità è costituito, tradizionalmente, dalla quantificazione del danno risarcibile.

Il quadro della giurisprudenza che il legislatore del 2019 si è trovato davanti era abbastanza frammentario. Si andava infatti da pronunce che invocavano criteri differenziali – quello dei cc.dd. netti patrimoniali, ma in certi casi anche la differenza fra passivo e attivo fallimentari – a decisioni attestate invece sull'ossequio al principio di causalità materiale e alla conseguente necessità di individuare le singole operazioni foriere di pregiudizio.

³⁰ Su questa disposizione cfr., *ex aliis*, FABIANI, *op. ult. cit.*, pp. 138-141; DIMUNDO, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, Milano, 2019, pp. 80-81.

Nel 2015 erano intervenute le Sezioni Unite della Cassazione³¹ che, come si legge nella massima della sentenza in questione, avevano sancito il seguente principio: “Nell’azione di responsabilità promossa dal curatore del fallimento di una società di capitali nei confronti dell’amministratore della stessa, l’individuazione e la liquidazione del danno risarcibile deve essere operata avendo riguardo agli specifici inadempimenti dell’amministratore, che l’attore ha l’onere di allegare, onde possa essere verificata l’esistenza di un rapporto di causalità tra tali inadempimenti ed il danno di cui si pretende il risarcimento. Nelle predette azioni la mancanza di scritture contabili della società, pure se addebitabile all’amministratore convenuto, di per sé sola non giustifica che il danno da risarcire sia individuato e liquidato in misura corrispondente alla differenza tra il passivo e l’attivo accertati in ambito fallimentare, potendo tale criterio essere utilizzato soltanto al fine della liquidazione equitativa del danno, ove ricorrano le condizioni perché si proceda ad una liquidazione siffatta, purché siano indicate le ragioni che non hanno permesso l’accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell’amministratore e purché il ricorso a detto criterio si presenti logicamente plausibile in rapporto alle circostanze del caso concreto”.

L’arresto, che nelle sue intenzioni avrebbe dovuto porre fine all’annosa *querelle*, si è tuttavia rivelato almeno in parte inidoneo allo scopo, non avendo esso obliterato in via definitiva – né forse sarebbe stato possibile – il criterio del c.d. deficit fallimentare.

A valle della legge n. 155/2017, che fra i principi di delega aveva previsto l’enucleazione dei “criteri di quantificazione del danno risarcibile nell’azione di responsabilità promossa contro l’organo di amministrazione della società”, la Commissione di riforma incaricata di redigere lo schema di decreto delegato aveva posto l’accento sul “pregiudizio arrecato al patrimonio sociale dai singoli atti” posti in essere in violazione del dovere, richiamando espressamente le disposizioni codicistiche in tema di risarcimento del danno da inadempimento delle obbligazioni (artt. 1223, 1225, 1226, 1227) e confinando la possibilità di ricorrere a metodi di calcolo differenziali al “caso di scritture contabili mancanti o comunque inattendibili”, con espressa “salvezza della prova contraria”.

Nel testo finale contenuto nel d.lgs. n. 14/2019 l’art. 378 risulta invece imperniato sul *criterio differenziale*, essendo il danno, beninteso previo accertamento della responsabilità, quantificato in misura “pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l’amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di

³¹ Cass., S.U., 6 maggio 2015, n. 9100, in *Foro it.*, 2016, con nota di FABIANI, *La determinazione causale del danno nelle azioni di responsabilità sociali e il ripudio delle semplificazioni*, pp. 282 e ss.

apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione”.

La norma utilizza il verbo “si presume”, facendo espressamente “salva la prova di un diverso ammontare”, con ciò denotando il carattere inequivocabilmente relativo della presunzione³²: fermo restando che è innegabile l'inversione dell'onere della prova operata a carico, e quindi a sfavore, dei soggetti convenuti in responsabilità, secondo alcuni in modo troppo afflittivo³³, anche se si tratta di corollario discendente dalla struttura stessa dell'opzione normativa adottata.

Non può tuttavia negarsi che la norma omette del tutto di considerare il comportamento tenuto dagli amministratori nell'arco di tempo intercorso tra l'inverarsi della causa di scioglimento e la cessazione della carica o l'apertura di una procedura concorsuale, con ciò introducendo “una forma di automatismo nel calcolo del danno liquidabile, che trascura l'effettivo apporto causale imputabile al convenuto”³⁴

Il ricorso al c.d. *deficit* fallimentare (definito come “differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura”) è espressamente limitato ai casi in cui, aperta una procedura concorsuale, risulti che “mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati”.

Con il complesso di questa previsione il legislatore si è prodotto in un commendevole sforzo di chiarificazione del problema³⁵, che al tempo stesso si traduce in una disciplina “agevolativa” della quantificazione del danno, all'atto pratico rivelatasi troppo spesso, in passato, ai confini con la

³² Così già BARTALENA, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, p. 306, che parla di “presunzione dichiaratamente *iuris tantum*”.

³³ BARTALENA, *op. cit.*, p. 307, che parla di un “aggravamento della posizione dell'amministratore convenuto, che non appare sorretto da una valida giustificazione”.

³⁴ BARTALENA, *op. cit.*, p. 306.

³⁵ Ma si veda la critica di CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, I, p. 18: “con il chiaro intento di agevolare sul piano probatorio chi agisce in responsabilità si è adottata una soluzione drastica che si pone in evidente contrasto con i principi civilistici in tema di risarcimento del danno e del relativo onere della prova e con le conclusioni alle quali, facendo applicazione di tali principi, erano in precedenza pervenute le Sezioni Unite della Cassazione, nella nota sentenza n. 9100 del 6 maggio 2015, senza, peraltro, ottenere il risultato voluto di eliminare ogni incertezza e troncando ogni discussione sul punto”.

probatio diabolica (specie rispetto all'esatta determinazione del pregiudizio strettamente derivato da ogni singola operazione gestoria).

Lo sforzo chiarificatore di cui si diceva, tuttavia, non appare del tutto riuscito.

Perplessità sollevano infatti, in particolare, tre profili della disposizione in esame.

Il primo attiene all'indistinto riferimento al patrimonio netto della società alla data di apertura della procedura concorsuale: aspetto, questo, non esente da criticità, in quanto a ben vedere si sarebbe dovuta considerare l'ipotesi in cui la società sia stata messa previamente in liquidazione³⁶; ad eccezione però, in questo caso, dell'eventualità in cui si tratti non di semplice perdita del capitale, ma di vero e proprio stato di insolvenza, perché allora la semplice messa in liquidazione non è di per sé sufficiente a scongiurare quell'aggravamento del dissesto derivante dalla maturazione di oneri finanziari sul debito chirografario, che solo l'accesso a una procedura concorsuale è in grado di bloccare (artt. 55 e 169, l. fall.).

Il secondo profilo attiene al fatto che la norma menziona erroneamente l'*apertura* della procedura anziché la *domanda* giudiziale funzionale ad accedervi. Dal punto di vista della concreta applicazione della legge, quindi, si tratta di valutare, da parte dei tribunali delle imprese, se formulare ai consulenti tecnici quesiti che contengano, in qualche modo *praeter legem* ma con interpretazione opportunamente correttiva, la menzione di questo diverso momento, tenuto conto, in particolare, che l'art. 182-*sexies* – i cui effetti si producono appunto dal deposito della domanda – sterilizza l'operatività della causa di scioglimento per tutta la durata della procedura.

Il terzo punto riguarda l'automatismo stesso sul quale è imperniata la norma, la cui formulazione parrebbe incompatibile con il ricorso alla valutazione equitativa del giudice *ex art.* 1226, c.c. spesso utilizzato fin qui dalla giurisprudenza: ciò che ha sollevato la severa critica di una parte della dottrina³⁷.

³⁶ Osserva infatti DIMUNDO, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, cit., p. 500, che non è possibile addebitare legittimamente agli amministratori “la perdita incrementale registratasi dopo l'avvio – sia pure tardivo – della liquidazione e fino alla dichiarazione di fallimento (*rectius*, liquidazione giudiziale) o al deposito della domanda di apertura di altra procedura concorsuale”. L'autore non sembra peraltro farsi carico del problema segnalato subito qui in appresso nel testo.

³⁷ Cfr. in luogo d'altri, BARTALENA, *op. cit.*, p. 307, il quale evidenzia che il parametro della differenza tra attivo e passivo “*tout court* criterio di liquidazione del danno, con un'amplificazione spropositata della responsabilità risarcitoria degli amministratori, sui quali finiscono per gravare anche i costi e gli oneri che la società avrebbe, comunque, dovuto sopportare se la liquidazione fosse stata aperta sollecitamente, e, soprattutto, con un automatismo sul piano applicativo che può portare a risultati intrinsecamente iniqui”.

Sul piano esegetico, merita sottolineare che il criterio di normalità invocato dalla legge a proposito dei costi di liquidazione da detrarre dall'ammontare del danno pare alludere – com'è stato osservato – “al fatto che detti costi debbano essere individuati in quegli oneri che si sarebbero prodotti nel tempo ragionevolmente necessario a liquidare una società avente oggetto e dimensioni corrispondenti a quella fallita”³⁸.

Un dubbio interpretativo non trascurabile, poi, riguarda l'utilizzo dell'espressione “altre ragioni” là dove la norma contempla l'impossibilità di determinare i netti patrimoniali, accanto – come si diceva – alla mancanza e all'irregolarità delle scritture contabili.

Non potendosi ritenere pleonastica questa sorta di previsione residuale, si è ipotizzato che la regolarità della tenuta di dette scritture “debba intendersi quale regolarità formale, e che le ulteriori «ragioni» comprendano quindi tutte le ipotesi – «mediane» –, in cui le scritture contabili della fallita siano state (solo) formalmente tenute, ma risultino nel loro complesso sostanzialmente inattendibili”³⁹. L'ipotesi appare corretta, anche se forse non esaurisce l'intero spettro della possibile casistica.

Il punto da sottolineare con forza, in ogni caso, è che non dev'essere consentito, attraverso forzature interpretative *contra rationem legis*, far rientrare dalla finestra, per così dire, ciò che la norma ha voluto, in linea di principio, mettere alla porta, vale a dire il ricorso al criterio del deficit fallimentare. Ad esso può dunque legittimamente attingersi *soltanto* in quelle situazioni – il cui verificarsi è piuttosto raro nella pratica – nelle quali (i) mancano del tutto le scritture contabili; (ii) la loro irregolare tenuta o, per l'appunto, altre ragioni precludono la determinazione dei netti patrimoniali; (iii) non sono disponibili altre fonti (ovviamente diverse dalle scritture contabili) attraverso le quali ricostruire il movimento degli affari e in questo modo addivenire a tale determinazione.

6. La gestione dell'impresa in base ai principi generali del codice della crisi e alla nuova disciplina della composizione negoziata. Implicazioni sul piano della business judgment rule.

Non è certamente nuovo il dibattito, in dottrina e in giurisprudenza, in ordine alla “curvatura” che gli amministratori devono imprimere alla gestione di una società in crisi, o che si trovi in quella condizione definita in letteratura come *emerging insolvency* (o *vicinity of insolvency*)⁴⁰. Il tema,

³⁸ DIMUNDO, *op. cit.*, p. 501.

³⁹ DIMUNDO, *ivi*, p. 502.

⁴⁰ Fra gli altri cfr. ZOPPINI, *Emergenza della crisi ed interesse sociale (spunti alla teoria dell'emerging insolvency)* e DE SENSI, *Evoluzione della concorsualità, emerging insolvency e fiduciary duties degli amministratori nella fase di pre-insolvenza*, entrambi

gravido di ricadute sul versante della responsabilità, è di tale latitudine da risultare difficilmente suscettibile di sintesi.

Può comunque non essere inutile ricordare che, secondo l'insegnamento di risalente, autorevole, dottrina, ove si ponga l'accento sul canone di diligenza, vengono in rilievo esclusivamente gli interessi dei soci; se invece si dà spazio agli obblighi in tema di conservazione del patrimonio sociale, allora anche gli interessi dei creditori divengono meritevoli di tutela⁴¹.

Più di recente si è prospettato⁴², e da chi scrive condiviso⁴³, l'assunto secondo il quale, anche in virtù dell'ampia formulazione dell'art. 2394 c.c. (dove non si parla di integrità del capitale bensì, appunto, di patrimonio), fra gli obblighi conservativi in parola rientra anche, implicitamente, il dovere di diligente gestione.

Ciò non risolve ancora, tuttavia, la questione se gli obblighi posti dalla legge in capo agli amministratori si atteggiino diversamente a seconda che la società versi o meno in stato di crisi e quale sia, nella prima eventualità, il limite alle loro scelte discrezionali.

In linea generale, merita ribadire quanto chiarito, con icastica semplicità, a valle della riforma del 2003, cioè che quella degli amministratori è «una responsabilità per inadempimento, cioè per violazione dei loro obblighi: poiché non esiste un obbligo degli amministratori di gestire la società senza commettere errori, il giudice non può sanzionare – anzi, non può nemmeno sindacare – eventuali errori commessi dagli amministratori, anche se si tratta di errori gravi che amministratori periti non avrebbero commesso (...). Anche oggi, come prima della riforma, può quindi ritenersi che la legge «perdona» agli amministratori gli errori commessi nell'esercizio diligente e senza conflitti di interesse dei loro poteri discrezionali, anche se si tratta di errori gravi ed evitabili da altri amministratori; «non perdona», invece, e impone il risarcimento di quei danni che gli amministratori abbiano causato per

nel volume collettaneo *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, diretto da Ambrosini, Bologna, 2017.

⁴¹ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 329; ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità degli amministratori*, Milano, 1979, pp. 100 e ss. E sul punto si vedano anche le sempre attuali riflessioni di WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, p. 210.

⁴² GALGANO, *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Trattato di diritto civile*, XXIX, 1, Padova, 2004.

⁴³ AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in ABRIANI-AMBROSINI-CAGNASSO-MONTALENTI, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, IV.1, Padova, 2009, p. 668.

negligenza, o per aver agito in conflitto di interessi, o per violazione di altri loro obblighi”⁴⁴.

Con più specifico riguardo alle situazioni di crisi, una diffusa corrente di pensiero ha messo in luce che, ove la società versi in tali condizioni, l’interesse dei creditori integra un limite alla discrezionalità dei suoi amministratori: “la conservazione dell’impresa si configura certamente come interesse al mantenimento dello scopo lucrativo ma nel limite di una migliore protezione dell’interesse dei creditori”⁴⁵.

In senso contrario, si è di recente sostenuto – e diffusamente argomentato – che gli amministratori non siano tenuti, per il solo effetto della crisi, a osservare il dovere di diligenza tenendo necessariamente conto dell’interesse dei creditori e che, pertanto, la loro discrezionalità non risulti modificata in chiave restrittiva rispetto ai consolidati principi in tema di *business judgment rule*⁴⁶.

La distanza fra le due tesi, sul piano concettuale, è innegabile, sebbene vi sia chi, autorevolmente, avverte “l’impressione che si tratti di una discussione prevalentemente terminologica”, sulla scorta del rilievo che anche le determinazioni gestorie attinenti alle modalità organizzative dell’impresa “debbono soddisfare il criterio dell’adeguatezza prescritto dal codice. Non mi sembra però si possa seriamente negare che pure questo secondo tipo di decisioni presenti un notevole margine di discrezionalità, non foss’altro perché anche tali decisioni debbono essere rette da un criterio di proporzionalità riferito alla dimensione ed alla natura dell’impresa e, per quanto le si voglia procedimentalizzare e ricondurre a modelli prestabiliti, è inevitabile – anzi, direi, auspicabile – che esse dipendano da come le esigenze organizzative di ciascuna singola impresa in concreto si manifestano. La relativa valutazione non può dunque non presentare ampi margini di opinabilità. Il che sta a significare, in definitiva, che anche in questo settore sarà solo la manifesta irrazionalità dei comportamenti degli amministratori, o l’insanabile loro contrarietà a criteri noti e consolidati di buona organizzazione aziendale, a poter implicare una qualche forma di responsabilità per i danni derivati dalla cattiva organizzazione

⁴⁴ BONELLI, *Prefazione*, in AA.VV., *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, a cura di Ambrosini, Milano, 2007, pp. XIV-XV.

⁴⁵ MONTALENTI, *Diritto dell’impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, cit., p. 77.

⁴⁶ BARCELONA, *Business judgment rule e interesse sociale nella “crisi”*, cit., *passim* e, in particolare v. pp. 133-134.

dell'impresa, così come per quelli causati da una scelta non corretta degli strumenti da adoperare per fronteggiare eventuali situazioni di crisi"⁴⁷.

Ed in effetti, è probabile che proprio il ricorso, sul piano pratico, a criteri quali l'anzidetta proporzionalità, o a quello di ragionevolezza da altri invocato⁴⁸, finiscano in concreto per ridurre le differenze fra le due impostazioni sul piano teorico.

Collegato al dibattito testé sintetizzato risulta certamente essere il disposto dell'art. 3, c. 2, CCI, dal quale si ricava il dovere degli amministratori di (essere in grado di) rilevare tempestivamente lo stato di crisi e di assumere idonee iniziative. Ma ancor più attinente al tema che ci occupa è, ai sensi del successivo art. 4, il dovere del debitore (nella specie: dell'organo amministrativo della società), non solo di comportarsi secondo buona fede e correttezza nell'esecuzione degli accordi con i creditori e nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, nonché durante le trattative che le precedono, ma anche – ciò che qui più conta – di gestire l'impresa “durante la procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza nell'interesse prioritario dei creditori”⁴⁹.

Ora, è ben vero che la norma prescrive la tutela dell'interesse dei creditori, ponendo sul medesimo piano crisi e insolvenza, ma è altrettanto vero che il precetto è riferito a una “procedura” già *in atto* (“durante”), come contraltare del c.d. *automatic stay*, consistente soprattutto – com'è noto – nel divieto per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari⁵⁰.

⁴⁷ RORDORF, *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell'ambito dei principi generali del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2021, p. 594.

⁴⁸ FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. Società*, 2019, p. 960.

⁴⁹ Analoga espressione si rinviene all'art. 84, comma 2, CCI. Il punto è stato evidenziato per primo da chi scrive in *Il nuovo concordato preventivo: “finalità”, presupposti e controllo sulla fattibilità del piano*, in *Il caso.it*, 25 febbraio 2019, p. 2, ove il rilievo secondo il quale la norma prevede “la ‘funzionalizzazione’ dello strumento concordatario al soddisfacimento dei creditori, con ciò denotando che quello del ceto creditorio è l'interesse perseguito *in via prioritaria* (...) e che pertanto *altri interessi* possono bensì essere realizzati, ma solo se ed in quanto risultino *compatibili* con quello dei creditori e non già ove si pongano in contrasto con esso”.

⁵⁰ Nel medesimo senso già BARCELLONA, p. 132: “questa disciplina *speciale* non solo conferma un presunto regime (...) di modifica *de iure* dello scopo di gestione d'impresa a partire dalla ‘crisi’ (da *profit-driven* a *solvency-driven*), ma conferma piuttosto l'esatto contrario: la perdita di sovranità gestoria può, sì, occorrere, ma solo e soltanto nel quadro di uno scambio – libero – opzionale e anche rinunciabile –, dove il debitore, da una parte, accetta una *deminutio* di prerogative gestorie, ma, dall'altra parte, consegue certi specifici ombrelli protettivi”.

Il quadro normativo è stato poi, ad un tempo, arricchito e modificato dalla “miniriforma” del 2021 (l. n. 147 del 21 ottobre scorso), la quale ha fra l’altro (i) differito l’entrata in vigore del codice della crisi al maggio 2022 e (ii) introdotto l’istituto della composizione negoziata della crisi.

Nell’ambito di tale nuova disciplina, già oggetto di svariati commenti⁵¹, viene in evidenza, ai fini che qui ci occupano, quanto stabilito all’art. 9. Giova ricordare che la norma esordisce stabilendo che nel corso delle trattative l’imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell’impresa.

In proposito può ribadirsi quanto osservato in sede di primissimo commento alla disciplina⁵², vale a dire che l’accesso alla composizione negoziata non implica alcuno spossessamento, neppure “attenuato” del debitore, con una chiara e netta differenza, anche da questo punto di vista, rispetto a quanto stabilito in materia di concordato preventivo (art. 167 l. fall.).

Quanto alla tematica che più direttamente qui ci occupa, la norma in questione prosegue prevedendo testualmente quanto segue: “L’imprenditore in stato di crisi gestisce l’impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell’attività. Quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l’imprenditore è

⁵¹ PANZANI, *Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 23 agosto 2021; AMBROSINI, *La “miniriforma” del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, I, pp. 901 e ss.; GUIDOTTI, *Di alcune possibili modifiche al disegno di legge n. 2371 relativo alla conversione del decreto 24 agosto 2021, n. 118, sulla disciplina della crisi di impresa*, *ivi*, 5 ottobre 2021. Sulla valenza “di lungo periodo” del nuovo istituto cfr. V. MINERVINI, *La “composizione negoziata” nella prospettiva del recepimento della direttiva “insolvency”. prime riflessioni*, in questa *Rivista*, 17 ottobre 2021, p. 23, il quale mette in evidenza che “non si può ridurre la Composizione a uno strumento meramente transitorio, al pari dei tanti altri istituti ideati dal legislatore emergenziale (...) come tali effimeri e destinati ad essere presto dimenticati. Pur adottato nella cornice post pandemica, questo primo frutto del lavoro della Commissione Pagni sembra infatti collocarsi su un piano ben diverso, che sta ad anticipare le linee evolutive dell’impianto concettuale cui anche il Codice dovrà necessariamente conformarsi, in ossequio ai principi e alle previsioni della Direttiva. Per un cenno alla tematica nella dottrina aziendalistica si veda, da ultimo, BASTIA, *Prime considerazioni aziendalistiche sulla composizione negoziata della crisi*, *ivi*, 4 novembre 2021.

⁵² AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in questa *Rivista*, 23 agosto 2021, pp. 4-5, ove si era messo in evidenza il corrispondente passo della Relazione illustrativa che così recita: “L’istanza di nomina dell’esperto non apre il concorso dei creditori e non determina alcuno spossessamento del patrimonio dell’imprenditore, il quale, pur essendo obbligato a garantire una gestione non pregiudizievole per i creditori ed in linea con gli obblighi previsti dall’articolo 2086 del codice civile, prosegue nella gestione ordinaria e straordinaria dell’impresa e può eseguire pagamenti spontanei”.

insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori. Restano ferme le responsabilità dell'imprenditore".

La norma, come si vede, distingue nitidamente (al di là delle "zone grigie" che spesso in concreto connotano le realtà imprenditoriali) le due ipotesi a seconda della gravità della condizione in cui versa l'impresa, in ragione della quale varia l'interesse tutelato dal precetto. Esso si riferisce bensì, specificamente, alle trattative finalizzate alla composizione negoziata della crisi; ma è difficile non scorgere in tale previsione una valenza più ampia, che conduce a interrogarsi in ordine alla sua potenziale portata sistematica, come tale travalicante i confini dell'istituto nel cui ambito essa è contenuta.

Ed invero, nel nostro ordinamento è oggi in vigore una norma – quella testé riportata – che per l'appunto distingue i due stati e ne fa discendere corollari marcatamente diversi. In altre parole, occorre prendere atto che l'unica previsione operante in materia depone perspicuamente nel senso che gli amministratori di società sono tenuti a perseguire l'interesse prevalente dei creditori solo al cospetto di uno stato d'insolvenza, ancorché reversibile quale tipicamente (e necessariamente) è l'insolvenza presupposta dalla composizione negoziata.

Da questo punto di vista, la legge di conversione ha comunque attenuato sensibilmente le differenze fra il codice della crisi e il decreto n. 118/2021 (il quale non menziona l'interesse dei creditori) messe in luce da attenta dottrina⁵³.

Può inoltre rimarcarsi, sul piano terminologico, l'utilizzo del termine "prevalente" in luogo di "prioritario", adoperato invece, come si diceva, dal codice della crisi.

La distinzione potrebbe non rappresentare, in realtà, solo una sfumatura di tipo lessicale: quest'ultimo aggettivo viene infatti definito nei vocabolari come ciò che "deve avere la precedenza su tutto; che deve essere svolto o realizzato prima di ogni altra cosa", laddove per "prevalente" s'intende ciò

⁵³ V. MINERVINI, *La "composizione negoziata" nella prospettiva del recepimento della direttiva "insolvency". prime riflessioni*, cit., p. 17, il quale osserva (appunto prima della conversione del decreto in legge): "mentre ai sensi dell'art. 4 del Codice il debitore ha il dovere di 'gestire il patrimonio o l'impresa [...] nell'interesse prioritario dei creditori', il Decreto non ripropone una simile disposizione, ma si limita a stabilire che, in caso di 'probabilità di insolvenza', l'imprenditore 'gestisc[a] l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività' (cfr. art. 9 c. 1; evidenze aggiunte). La prospettiva, anche sul piano lessicale, è indubbiamente assai diversa.

“che ha maggiore diffusione, importanza o consistenza; predominante, preminente, dominante”⁵⁴.

Sembra ne consegua, quindi, una lievemente minor pregnanza del concetto di prevalenza rispetto a quello di priorità, di tal che l’interesse dei creditori, anziché essere perseguito prima di ogni altro, deve semplicemente risultare preminente rispetto agli altri, pur perseguibili in contestualità. Va peraltro soggiunto che, all’atto pratico, la differenza non comporta, verosimilmente, particolare rilevanza.

Quanto fin qui esposto in ordine all’interesse da perseguire nell’ambito dell’attività gestoria non appare privo di ricadute sul versante, di cui si diceva, della diligenza richiesta agli amministratori in rapporto alla tendenziale insindacabilità nel merito delle loro scelte gestorie.

Ed invero, ove dalla predetta disposizione possa – come sembra possibile – ricavarsi un’indicazione che trascenda il contesto della composizione negoziata nell’ambito del quale essa è dettata, trova allora ulteriore – e probabilmente decisiva – conferma l’assunto secondo il quale, fino al verificarsi di una situazione di vera e propria insolvenza, “nulla consente di affermare che la discrezionalità gestoria (e cioè la *Business Judgment Rule*) possa subire alcuna modifica per il solo effetto della crisi”⁵⁵. Il che val quanto dire che gli amministratori, essendo la loro discrezionalità notoriamente incensurabile nel merito se non nei limiti della manifesta (e comunque grave) imprudenza, non sono tenuti a gestire la società nel prevalente interesse dei creditori se non, appunto, quando essa sia caduta in stato di insolvenza; senza che per questo risulti cancellato ogni “spazio di discrezionalità gestoria nella ragionevole scelta del rimedio”⁵⁶, giacché pure un definitivo stato d’insolvenza può essere affrontato con l’istanza di fallimento, ovvero in alternativa, sussistendone i presupposti, con un concordato preventivo liquidatorio, o con una liquidazione nell’ambito di un accordo *ex art. 182-bis*, l. fall.⁵⁷.

Resta ferma, naturalmente, la *facoltà* dell’organo amministrativo, al cospetto di una condizione della società connotata da semplice crisi, di perseguire in via prevalente l’interesse dei creditori optando per il ricorso a uno dei rimedi di cui alla legge fallimentare; con la precisazione, forse non oziosa, che l’adozione di un tale strumento in presenza, invece, di una

⁵⁴ DEVOTO-OLI, *Vocabolario della lingua italiana*, a cura di Serianni e Trifone, Firenze, 2007.

⁵⁵ BARCELLONA, *op. cit.*, p. 134.

⁵⁶ FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, cit., p. 990.

⁵⁷ FORTUNATO, *ibidem*.

situazione di difficoltà non (ancora) integrante i veri e propri estremi della crisi potrebbe in certi casi costituire un'ipotesi di *overdeterrence*.

Nella c.d. *twilight zone* che precede lo stato di crisi deve certamente evitarsi il compimento di atti idonei a causare un depauperamento del patrimonio, quali la riduzione reale del capitale, la distribuzione di riserve o il rimborso ai soci dei loro finanziamenti⁵⁸. Tuttavia questa zona, appunto, “crepuscolare”, caratterizzata per sua natura – come si è osservato – da “indistinzione dell’orizzonte dell’agire imprenditoriale (...) deve suggerire un agire più prudente agli amministratori, ma non ancora un obbligo di comportamenti meramente conservativi”⁵⁹.

L’attivazione di un rimedio concorsuale in presenza di uno stato di pre-crisi (o probabilità di crisi), dunque, può in certi casi rischiare di tradursi in un eccesso del mezzo rispetto al fine e, conseguentemente, in un potenziale pregiudizio per la società e, in ultima analisi, per lo stesso ceto creditorio. E analogamente deve ritenersi nelle situazioni in cui sia più prudente e “conservativo”, da parte degli amministratori, optare per un rimedio diverso dal fallimento pur al cospetto di uno stato d’insolvenza⁶⁰.

Quanto sin qui osservato non può ad ogni modo prescindere – pena un’eccessiva astrattezza del ragionamento – dalla consapevolezza che la casistica pratica in materia non si presenta di regola in questi – bensì negli opposti – termini, sicché il problema principale resta in definitiva, in base all’*id quod plerumque accidit* nel mondo imprenditoriale italiano, quello di stimolare l’emersione tempestiva della crisi e di scongiurare l’aggravamento del dissesto.

7. Cenno alla vigilanza sindacale sulla gestione nella disciplina di nuovo e nuovissimo conio.

Nella sistematica del codice della crisi il “dialogo” fra organo di gestione e organo di controllo costituisce il pilastro su cui poggia la c.d. allerta esterna⁶¹.

⁵⁸ CALANDRA BUONAURA, *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nella Società per azioni*, cit., pp. 439 e ss.

⁵⁹ FORTUNATO, *op. cit.*, p. 989.

⁶⁰ RORDORF, *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell’ambito dei principi generali del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, cit., p. 595.

⁶¹ Sull’organo di controllo nelle società in crisi cfr. da ultimo, anche per riferimenti, l’accurato lavoro monografico di R. RUSSO, *Collegio sindacale e impresa in crisi*, Milano, 2021. E v. anche CIABATTONI, *Decreto legge 24 agosto 2021 n. 118: le condizioni di accesso alla composizione negoziata della crisi e il ruolo dell’organo di controllo*, in *IlCaso.it*, 5 ottobre 2021, cui *adde*, in epoca anteriore al codice della crisi, JORIO, *Crisi d’impresa e controlli interni*; CAVALLI, *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*; AMBROSINI, *I poteri del collegio sindacale*, tutti in

Ai sensi del primo comma dell'art. 14 CCI, infatti, gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi.

Ma è nel secondo comma della norma che il legislatore codicistico ha introdotto la previsione più dirimpente, se è vero che, in caso di mancata o inadeguata risposta, i sindaci sono tenuti ad informare senza indugio l'Ocri, fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell'articolo 2407, primo comma, c.c., e dell'art. 9-bis, commi 1 e 2, d. lgs. n. 39/2010, quanto all'obbligo di segretezza. Gli organi di controllo societari, quando effettuano la segnalazione, ne informano senza indugio anche il revisore contabile o la società di revisione; allo stesso modo, il revisore contabile o la società di revisione informano l'organo di controllo della segnalazione effettuata.

La previsione di cui al suddetto comma ha suscitato le comprensibili critiche di una parte dei commenti anche di matrice aziendalistica, che non hanno mancato di porre in luce il rischio di atteggiamenti troppo rigorosi, dettati dal timore di incorrere, altrimenti, in responsabilità⁶². Da qui la proposta, in una recente, accurata, monografia dedicata all'argomento, di un'interpretazione restrittiva della norma in questione, sul corretto presupposto che il collegio sindacale “non è legittimato (...) a coinvolgere l'Ocri ogniqualvolta dissenta dall'organo di gestione sul tipo di strumento di correzione della crisi da adottare”⁶³; determinazione, questa, che attiene – com'è stato giustamente rimarcato – alla “discrezionalità tecnica assistita dalla valutazione qualificata del professionista”⁶⁴.

AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, III, Torino, 2007.

⁶² Considerazioni variegata su tale disciplina si rinvengono in RANALLI, *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019; VALENSISE, *Organi di controllo nelle procedure di allerta*, in *Giur. comm.*, 2019, I, pp. 583 e ss.; ARATO, *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi: ruoli e prerogative di amministratori, sindaci e revisori*, cit., pp. 76 e ss., il quale ha peraltro osservato che, “se i sindaci, spinti anche da un ampliamento dei compiti (con aggravamento delle responsabilità) funzioneranno come effettivo tecnico di controllo per il corretto rispetto delle norme, potrà finalmente iniziare un percorso virtuoso da troppo tempo reclamato ma fino ad ora non ancora realizzato” (*ivi*, p. 81).

⁶³ RUSSO, *op. cit.*, p. 204.

⁶⁴ MONTALENTI, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, cit., p. 77.

Consapevole di queste criticità, il legislatore del 2021, nel rinviare alla fine del 2023 – come si diceva – l’entrata in vigore delle misure di allerta (con ciò che ne consegue), ha dettato una previsione in tema di composizione negoziata della crisi che a sua volta attiene al rapporto fra amministratori e sindaci. L’art. 15, al riguardo, così dispone: “l’organo di controllo societario segnala, per iscritto, all’organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell’istanza di cui all’articolo 2, comma 1. La segnalazione è motivata, è trasmessa con mezzi che assicurano la prova dell’avvenuta ricezione e contiene la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l’organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese. In pendenza delle trattative, rimane fermo il dovere di vigilanza di cui all’articolo 2403 del codice civile. La tempestiva segnalazione all’organo amministrativo ai sensi del comma 1 e la vigilanza sull’andamento delle trattative sono valutate ai fini della responsabilità prevista dall’articolo 2407 del codice civile”.

Nei primi commenti questa novità, che ridimensiona fortemente i poteri/doveri dei sindaci rispetto a quanto previsto dal codice della crisi, è stata salutata con favore, essendosi evidenziato che “la sollecitazione dei sindaci si esaurisce nella sfera interorganica della società, con un accantonamento (auspicabilmente definitivo) dell’eccentrico ruolo di attivatori della procedura di composizione della crisi innanzi agli Ocri, che invece assegnava loro la riforma”⁶⁵.

La questione richiede, evidentemente, ben altro approfondimento. Può tuttavia fin d’ora osservarsi che la scelta operata dal legislatore con la normativa di nuovissimo conio appare in linea, ad un tempo, con l’esigenza di evitare rischi di *overdeterrence* nell’attribuire all’organo di controllo poteri oggettivamente (ed eccessivamente) invasivi e con quella, correlata alla prima, di non sovraresponsabilizzare i sindaci; senza dire della maggior coerenza con il ruolo tipico della funzione sindacale quale ricavabile dal sistema nel suo complesso.

⁶⁵ ABRIANI-CAVALLUZZO, *Il collegio sindacale deve segnalare condizioni di squilibrio*, in *Sole24Ore* del 6 agosto 2021, p. 29.